

明治法制史のあらまし

中村吉三郎

一

「至其期、其期に先じて、甘く玉^(天皇)を我方へ奉抱候御儀、千載の大事にて、自然万一も彼手^(幕府)に被奪候ては、たとへいか様の覚悟仕候とも、現場の処、四方志士壮士の心も乱れ、芝居^(倒幕クーデタ)大崩れと相成。」(慶応三年十一月二十二日附品川弥二郎宛木戸孝允書翰より)とは、徳川慶喜の大政奉還の奏聞(慶応三年十月十四日)をまえにして極度に緊迫していた倒幕クーデター派の偽らざる真情であつた。しかし、最後の將軍慶喜の心中に、あるいは、深く秘していたかもしれない居据りの見込みは、十二月九日の王政復古の「大号令」→翌四年正月三日の鳥羽伏見における運命の敗北→江戸への遁走(とくに、自ら大阪を放棄したことは、大阪商人にも見限られ、事態を最早決定的なものとしてしまつた)と、つぎつぎに空しく潰え去つていつた。

かくて、幕府は朝敵「徳賊」の汚名のもとに討ちほろぼされた。にもかかわらず、維新政府は慶応三年十二月二十二日、「徳川祖先ノ制度美事良法ハ其儘被差置御変更無之候間列藩此聖意ヲ体シ……其領内へ不洩様領主ヨリ篤卜可明治法制史のあらまし

申渡候事」と、全国の大名の領地領民の支配を、そのまま認めている。たしかに、太政官代（はじめ左大臣九条道孝邸に、その後、二条城に）ができ、次いで、太政官制もとのい（これより、太政官とは、特別の官庁の名称ではなく、三職七課――三職八局――七官などと目まぐるしくかわつていつた中央諸官庁の総称として、立法諮問機関まで含めた、いわば、維新政府といった意味となつた）、「朝権一途」に出ずるようにはなつたが、とりかわつたのは帽子だけと、いうところだつた。慶応四年三月十四日の「御誓文」では、「万機公論ニ決スヘシ」とあるのに、翌十五日（この日は、奇しくも江戸城総攻撃の予定日だつた）にでた高札には、徒党・強訴・逃散が「堅く御法度」とされているし、「旧来ノ陋習ヲ破リ」とはいわれても、依然として「五倫ノ道」（一切の人間関係を父子・君臣・夫婦・長幼・朋友の上下関係でとらえ、親・義・別・序・信で秩序づけようとする規範）が強く要求され、雇人の主家に対する罪も「大逆」と認められていたばかりでなく（明治二年、主家へ押込む強盜の手引をした小僧さんが磔にされている）、「切支丹宗門」すらこれまで通り「御制禁」とされていた。そして、「下々」には、一様に、今度の「御大政御一新」は、「手ノ裏ヲカヘスカ、又ハ暗ノ夜ガ、ニハカニ白日ニナルヤウニ」、「何デモ新ラシク」なつて、「今迄トハ、グワラリト違テ、懷ロ手デ錢マウケデモデケル様ニ」なつたわけではない、決して「心得違ヒ」をしないようにと懇々と諭されていた（慶応四年三月長崎歳・判所「御諭書」より）。

しかし、なにもかもが相変らずでは維新の甲斐はない。だいいち、それでは済されないはずである。太政官制の復古調で、懸命に、幕府制からの脱却をはかつて、一方、「召之諸候上京之上規則被相立候得共夫迄之処ハ是迄之通り可心得候事」と徳川刑法を踏襲しているようでは、封建制からの脱却は、むずかしい。もしも、肝心の封建制より

の脱却を全くはからないなら、日本の内・外からの資本主義の攻勢に堪えかねて倒れた徳川政権の、また、あとをおうことになる。すでに、西国雄藩のうちには、これを藩政改革という規模で乗切り、ある程度の成功をおさめたところもあり、また、その成功が畢竟、倒幕の推進力（原動力？）を生むものとなつたともみられるのだから、今度こそ、是非とも、これを全日本的規模において成功させねばならないわけである。そのためには、ただ將軍という包括的政権受任者制を廃しただけで、いわば、天皇を直接、頭領とする諸藩（「お国入り」、「国おもて」、「国替え」、「国家老」、あるいは、「お国ことば」、「お国訃り」など、藩が「国」といわれ、日本全体を一つの「国」とはいわなかつたようだ）の連邦制では所詮おぼつかなく、どうしても強力な中央集権の統一国家体制につくりかえなければならぬ。

明治二年六月の版籍（領土・領民）奉還は実に、その第一歩であつた。しかし、旧藩主は、そのまま、藩知事に任ぜられ旧自領を治めることになつたから、たいしたかわりようではなかつた（それだけ摩擦もすくなかつたわけだが）。旧藩主は華族となつて、官位もそのまま、旧藩主も土族として、そのまま、藩知事に仕えるという有様では、なるほど、かわりばえもなかつたわけである（だから、戊辰戦争の論功行賞で正三位に叙せられた西郷隆盛は主君島津忠義より一級高いというので拝辞してうけなかつたとか）。だから、「昔ノ殿様ハ殿様ナラス、御士モ今ニテハ農工商ト別段ニ異ナル廉モ稀ニシテ」で、「役人サイモ、今ト昔ノ大違ヒ」、いずれも「総テ皆天子様ノ思召ニテ、設ケ置ル、人民ノ世話役ナリ」（（印旛県告諭）（第一号より））などとはいわれても、まだまだ、主君の家臣（藩士）から天皇の臣下（官僚）にすら、なりきれなかつた次第である。

これが、どうやら目鼻がつきそうになつたのは、明治四年七月の廃藩置県の時きだつたが、これとて「日本多年の

病患」を一举にとりのぞき、「今やシンドバッドは海の老人を振り離せり。新日本万歳」(福井藩に招聘されてい
た一外国人の手記より)というわけにもいかなかった。

人々は、まだ、家の支配のもとに暮っていた。世の中が変つたといわれても、「人タルモノ五倫ノ道ヲ正シクスヘキ事」(慶応四年三月十
五日の高札より)とされていては、そうして暮すことが当然のこと、人間(士族も平民も)として当り前のこととしか思えなかつたろう。もともと、家の掟などというものは、武家においてこそ意味があつたので、百姓や町人にとっては、すくなくとも同じ意味はもたなかつたはずなのだが、百姓でも町人でも、すこしはましな暮らしができるような身分(?)になると、自分だけは余所とは違うような気になり、武家を真似し、武家の秩序のようなものを、まもつてみたくなる。それほどの身分でなくとも、それ相應に、できる範囲で真似るといつた具合に、家の秩序・支配ということは、当時、思つたより普遍的なものになつていた。そこに、明治四年四月の「戸籍ノ法」(太政官第百
七十五号勅旨)などが制定され、人々の身分上の一切のことが、戸長という国家権力の最末端機関の支配をうけることになつたものの、実際に、その戸長になつた者は、武家支配の末端機関であつた名主や庄屋(武家を最も真似た、あるいは真似できた百姓)であつた(同法第二則が、そ
れを認めていた)。これでは、たとえ武家の家父長的家族制度の実質的(経済的)基盤が崩壊したとしても(家禄処分については後述)、人々に対する家の支配は、容易には、ぐらつこうとしなかつたわけである。

また、名主・庄屋、町名主・町年寄など旧末端支配層の居据りは、人々を束縛していた家を、さらにその上から支配していたものを居据らせた。つまり、土地を持つた者、家屋を持つた者の支配である。ことに、土地を持つ者の支配は、農村においては水の支配と相俟つて強大だつた。もつとも、版籍奉還・廃藩置県による旧領主の土地領有の権

がとり除かれたことは大きな変化ではあつたが、むしろ、それが除かれたことが（次いで、土地の利用・譲渡の制限撤廃と相俟つて）、却つて土地を（より私法的に）持つ者の、支配の権（権力）を強めたくらいであつた。そして、このことを、いわば公認（法認）したものは、実に、明治六年の地租改正であつた。とくに、地租改正の前提として断行された地券制度は、制度そのものも名主加判の制を、そのまま戸長による地券の書きかえにおける奥書割印の制（土地所有権移転の効力要件として）へというように引継がせていたばかりでなく、実質的にも（さらに、その実施施行の点でも）、元禄享保の頃から発生しはじめた寄生地主制をも含めて右の土地を持つ者の権利（私法的な権利ばかりでなく支配の権力まで併せて）を、そつくり認めたかたちになつた（しかも、その確認・確定の手續においても物的証拠の不完全のため、村の有力者・実力者つまり土地を持つていた者の証言のみが一方的に採択されてしまつた）。いわんや、物納的小作制のごときは、そつくりそのまま（むしろ後に述べるように小作人の権利の弱くなる傾向はあつても）、当り前のことのように踏襲されていた。

そして、この地租改正によつて得た財源は（定見のない紙幣の濫発と間接消費税とによつて——民衆の犠牲によつて——その不足を補われながら）、新日本の富国強兵のための歴大な文・軍の天皇の官僚組織の整備と莫大な資本制工業生産の設営のために費われた。ここで、いわば、はみだされたかたちの旧大名とその家臣たちは、どうなつたか。彼等は、一様に、明治九年八月、「金禄公債証書発行条例」（太政官第百八号布告）により、旧家禄を、そのまま時の相場（明治五年→七年平均）で換算した金額の公債証書を「一時ニ下賜」されて、永年の「さむらい稼業」から足を洗うことになつたが、大名のなかには百数十万円も、もらつたものもあつた（島津・前田・毛利など）。だから高額の公債

取得者たちは、當時次第に、官營から民營に払下げられていた企業資本に投資し、資本家という新しい支配者になれたわけである。先祖の関ヶ原での手柄が、そのまま、明治の御代にも、ものをいう（通用する）とは、あきれたはなしである。しかも旧大名たちは皆、前に述べたように華族となつていたし、華族には、後に述べるように明治憲法も特権を認めているのだから、ますます、おかしなはなしである。ただ、尾羽打枯らした貧乏士族だけは、あわれをとどめた次第である。最早、士族というだけでは、せいぜい華族とともに、刑法（「新律綱領」・「改定律例」）上「閥刑」という平民にない特権があつたくらいのものだつた。それも次第に、「凡平民官ニ在ル者其父母兄弟子孫一切犯罪ハ并ニ士族ニ準シテ論ス」（「改定律例」名例律「官吏犯私罪條例第二十五條」）となつては、士族も、ただ士族というだけでは平民の上にはたてず、天皇の官吏になることによつて平民の上になつただけとなつたわけである。けれど御時勢というものだろう。だが、士族は全く忘れさられたわけではない。その後、士族たちには、花のさく春はこなかつたが、彼等こそ、適当に保守的で穩健な分別ある「中等階級」として、天皇政府から最も頼りにされていた「中間層」であつた（とくに、次に述べる天皇政府の憲法づくりに際しては）。

二

「律令ヲ撰シ新ニ無究ノ大典ヲ定ム」とは坂本竜馬の「八策」にもあるように、憲法制定のことは、すでに幕末においてすら一部の人の間では真剣に考えられていた問題だつたが、それが「公議輿論ノ尊重」の前提として、いわば国民運動的規模において、とりあげられるにいたつたのは、明治六年の政変（征韓論騒動）からのことだつた。

つまり、あくまで暴力にうたえても政府顛覆をという西郷的抵抗方式に対し、板垣一派が、国民が国政決定に参加できる制度（国政の最高最終の決定者とならなくとも）をうちたてることを要求する国民的運動を展開することによって抵抗するという方式をとつたからである。そして、この抵抗運動は、明治七年一月、西郷を除く下野参議連署でなされた「民撰議院設立建白書」の捧呈を皮切りに、明治十年の「立志社建白書」の公表を経て、「国会期成同盟」となり、ついに、二府二十一県（東京・大阪・山形・福島・茨城・広島・愛媛・石川・島根・岐阜・堺・高知・福岡・宮城・新潟・兵庫・愛知・岩手・長崎・徳島・大分・熊本・滋賀）の八万七千余名の請願にまで発展し、ここに、天賦人權説を基礎とする自由民権論も全く民撰議院設立論にぬりつぶされ、自由民権運動は完全に国会願望運動にしばらくられたかんがあつた。ここで見落とせないのは、前記「立志社建白書」が、「忽ち印刷に付せられて全国に伝播し、深く人心を凜厲する所ありし」^{（「自由寛政」上巻より）}ということである。すでに言論戦が可能になつたということである。果して政府は、はやくも、明治八年、「讒謗律」^{（本政官第百十号布告）}ならびに、「新聞紙条例」^{（本政官第百十一号布告）}を以つて、これに備え、言論取締の管轄も文部省から内務省へと移して、これに臨んでいる。さらに言論戦が効果をあげ集団行動による抵抗運動が行われるようになれば、いちはやく、これが弾圧法もできた。前記「国会期成同盟」が明治十三年三月、大阪で全国代表者の会議を開くにいたるや、四月五日、「集会条例」^{（本政官第百十二号布告）}が制定されている。

このように、すべて国会開設願望の一点にしぼられたかのかんのあつた明治十三・四年の頃でも、やはり、先ず憲法の制定をという（憲法そのものについての）発言もなかつたわけではない。当時、各地の民間団体や各種の新聞・雑誌が相次いで発表した所謂「私擬憲法」は相当のものだつた。「日本人民カ日本国ヲ立ツルハ法度ヲ作りテ各其自

由權利ヲ保全センカ為メトス」とか、「日本人民ハ凡ソ無法ニ抵抗スル事ヲ得」とか、あるいは、「政府恣ニ国憲ニ背キ擅ニ人民ノ自由權利ヲ残害シ建國ノ旨趣ヲ妨クルトキハ日本人民ハ之ヲ覆滅シ新政府ヲ建設スル事ヲ得」などという内容をもつた植木枝盛起草の「東洋大日本国国憲按」を最も「矯激」なる提案とすれば、小野梓畢生の大著「国憲汎論」(明治十五年刊)も、みよによつては、最大にして完璧なる提案といえよう。

まことに、「如此風潮の中において」、天皇政府の意図するような「我建國ノ体ニ基キ」しかも、海外各国(といつても、おそらくプロシヤの)成法を斟酌して憲法を作ろうとすることは、まさに、「至難の勢なるべしといへども、今日に在ては猶是を挙行して多数を得以て成功に至るべし。何となれば英国風の憲法論(小野の「国憲汎論」などを指していたろう)筆者註)、未だ深く人心に團結するに至らずして、地方の士族。中王室維持の思想猶其余瀝を存するもの、必ず過半に居ればなり」(明治十四年七月十二日附伊藤博文宛井上毅書翰より)という次第であつた。さらに、この難局を乗り越えるため井上は、政府が言論の權を握つて漢学の復興とドイツ学の奨励(イギリス・フランス思想に對抗して)をはかるとともに、「地方士族の操縦」を岩倉・伊藤等に進言している(井上毅文書より)。かくて、明治十四年十月の所謂「明治十四年の政変」(開拓使官有物払下問題に纏わる不可解な政変)がおこり、一将ニ明治二十三年ヲ期シ議員ヲ召シ国会を開キ以テ朕カ初志ヲ成サントス」なる「国会開設ノ勅諭」が渙発されて、国民の国会願望運動も、みごとウツチャリをくわされたかたちとなり(途惑つた自由民権運動が、粗野な抵抗運動となつて暴動化すれば、その都度、鎮壓され)、一方、そのすきに予定の(政府側だけの)憲法づくりは進捗するといった具合に、万事、彼の書いた筋書通りに、はこんでいった。さらに、政府のみによる隠密・擅断の憲法づくりに好都合だつたことは、憲法は天皇の「欽定」され

られている(『聖徳太子』一兆
氏先生より)。まさに、完全なる天皇主権、天皇親政の憲法であつた。もとより天皇親政は、明治四年七月、廃藩置県の直後の三院制(正院・左院・右院よりなり、やはり、これを太政官と総称していた)以来、次第に制度的にも確立してきたが、ここに全く不動の基礎がうちたてられたわけである(これよりさき、明治十八年十二月、維新以来の太政官制も内閣制に改められ、翌十九年二月の勅令第一号「公文式」により、従来の「布告」・「達」・「布達」の形式も廃止され、はじめて、「法律」・「勅令」・「閣令」・「省令」・「規則」なる「格式」が制定された。なお、立法諮問機関は、左院→元老院→枢密院と移つてきた状態だつた)。従つて、国民の基本的人權の保障も、「戦時又ハ国家事変ノ場合ニ於テ天皇大権ノ施行ヲ妨クルコトナシ」(明治憲法第三十一條)とされているからには、日本丸の覆没を避けるため必要とあらば、いつでも海中に投ぜられる積荷のような運命にあつた(伊藤伯著「帝國憲法」
皇室典範義解より)。また、明治七年以来、あれほど国民が願望してきた国民の国政参与の機関も、先ず、互に独立した貴族院と衆議院の二つにわけられ(明治憲法第三十三條、とくに同三十四條の「貴族院ハ貴族院令ノ定ムル所ニ依リ……」と法律すなわち衆議院の掣肘を許さない点に注意されたい)、一方の貴族院には皇族・華族・勅任議員といった保守的な特権階級の代表を集めて立法権(?、立法権は天皇にのみあつた)の二分の一を占めさせ、他方、衆議院も、「直接国税十五円以上」を納める者(結局、地租を納める者、つまり地主ということに殆どなつた)に限るという制限選挙制(明治二十二年二月十一日法律第三号「衆議院議員選挙法」)で、有産者層の代表でかためる(明治二十三年七月一日の第一回総選挙では、有権者は全国民の一・二四%だつた)というかたちでしか実現しなかつた。国務各大臣も、議會に対して責任を負うものでなく、天皇にのみ責任を負うもので、まさに、「我日本の政体に於て天皇は一切の國權を総攬して此國を統治し玉ふを以て、宰相の進退一に勅裁に出

でざるべからず。素より衆望に協ふと否らざると又能不能との如きも陛下親ら裁鑒し玉ふ所」（明治二十二年二月十五日、伊藤
樞密院議長の府県會議長および
同議員に對する演説より）だつたのである。つまり、何ごとも、とどのつまりは、天皇が皇祖玄宗に（實際には、自己の良心に）責任を感じるかどうかということだけになり、いわば、誰れも責任を負わぬ、おそるべき「無責任制」となつたわけである（誰れも天皇の責任を問えないのだから、天皇は責任を負わないのと同じ）。

三

さて、憲法以下の下級法規の整備は、どうなつていたか。また、どうなつていつたか。先ず、刑法は、「兆民生死之所係」でもあり、なによりも治安のため緊急を要したから、いち早く徳川刑法を踏襲し、「仮刑律」――「新律綱領」――「改定律例」といつたコースを経て整備されていつた。もつとも、徳川刑法と違つたところは、「新律綱領」も、「改定律例」も、「頒布」されたということで、はじめて従来の「よらしむべし、知らしむべからず」式陋習から、半歩だけ脱却したものの、やはり、「有司其之ヲ遵守セヨ」とか、「爾臣僚其レ之ヲ遵守セヨ」とか、官吏の執務上の取扱方準則に過ぎないという旧來のなごりを、とどめていた。それが、明治十三年七月、太政官布告第三十六号・第三十七号として「公布」された「刑法」・「治罪法」となつて、はじめて一般国民のもの（国民のためのものではない）となり、ともかく面目を一新した。フランス人の法学者ボアッソナード（Gustave-Emil Boissonade de Fontarabie）の手になつただけあつて、新古典学派とよばれた当時のフランス刑法学の影響を最も多くうけたものであつたことは勿論だが、未遂減輕などフランス刑法とも違つた、いわば、ボアッソナード自身の識見によるところもある。

つた。それはともかく、この刑法・治罪法は、明治十五年一月一日より施行されたが、民法・商法などの私法の編纂の方は、なかなかだつた。もとより、これとて緊急を要しなかつたわけではなく、やはり、一日も早く完成されることが要請されていた。何故ならば、当時、すでに、日本の資本主義経済が自転をはじめていたからである（不対等条約改正のためということもあつたろうが）。そこで、この急場をつないでいたものは、明治八年太政官第百三号布告「裁判事務心得」の第三条「民事の裁判に成文の法律なきものは習慣に依り習慣なきものは条理を推考して裁判すべし」であつた。何故ならば、同第四条の「裁判官の裁判したる言渡を以て将来に例行する一般の定規とすることを得す」との関係上、ここにいう習慣とは結局、徳川時代の裁判例のみを指すことになり（「習慣」とは、当時の有権的解釈―指令―によれば、「民間に於て習慣俗を為したる習俗」をいうのではなく、「政府と人民との間に行わるる習慣」、つまり、裁判例を指すとされていたから）、もとよりそれでは、殆ど役にたたなかつたろうから（徳川封建制のしどとさの故に市民法の成立がおくれていたから）、どうしても、条理によるよりはかはなく、条理という名目で先進諸外国の法もしくは法理を、そのまま法源とすることができたからである（つまり法源として事実上、先進諸外国法を継受することができたからである）。それというのも、（日本の資本主義が）必要とする法律は、どこかの外国からもつてくれば、「陸蒸気」のように、すぐにも日本の地上を走らせることができるものと思つていたらしく、従つて、法律学というものも、この「陸蒸気」を自由にあつかえる術を習うことぐらいに考えていたからであらう。明治九年にできた司法省正則法律学校（明法寮としては明治五年から）も、次いで生れた私立の法律諸学校も、みな、いずれか一つの外国の外国法によつて法学教育をやつていた（司法省正則法律学校・明治法律学校はフランス法、東京

専門学校・英吉利法律学校はイギリス法というように)。だから、明治十七年の「判事登用規則」(太政官第百二号達)により翌十八年からはじめられた判検事の登用試験も、科目ごとにフランス法的问题とイギリス法的问题とがだされ、受験生の選択で回答できる仕組になつていた。この試験をパスしてなつた裁判官が、「自己の学修したる外国法」の知識だけで、判決を書き、そのため「判例区々にして一定せず、民其適従する所を知らざるの觀」をていしたのも当り前である(鳩山和夫・阪本三郎「法制一斑」より)。こんな状態では、せめて一つの外国の法律にでも統一された日本の法典(「一つの外国法」の日本語の「法典」)でもあつたらと、願つたとしても無理はなからう。もつとも、一部には、帝国大学法科大学の卒業生で組織されていた「法学士会」のように、「須ラク草案ノ儘ニテ之ヲ公ニシ仮スニ歳月ヲ以テシテ広ク公衆ノ批評ヲ徴シ除々ニ修正ヲ加ヘテ完成ヲ期スベキナリ」といつた意見もあつたようだが(明治二十二年春期総会で決議)、明治十三年頃からボアッソナード(Gustave-Emil Boissonade de Fontarabie)を中心として起草されてきた民法典と、同十四年頃からドイツ法学者ロェスレル(Hermann Roesler)を中心に起草されてきた商法典とが、前後して草案の完成するままに直ちに、明治二十三年、一挙に法律として公布されてしまつた(四月二十一日法律第二十八号として、民法財産編財産取得編債權担保編証憑編、法律第三十二号として商法が、また、十月七日法律第九十八号として民法財産取得編人事編が公布され、商法は明治二十四年一月一日より、民法は同二十六年一月一日より施行されることになつた)。

そこで、先ず、商法から施行延期問題が起つた。明治二十三年の第一回帝国議會に、東京商工会などの実業団体が法学士会の呼びかけで結成した「商法延期同盟会」の商法実施延期請願書が提出された。いくら必要に迫られている

からといつても、はじめての大法典で、しかも、公布後八ヶ月たらずで実施というのは、ひどすぎるというのである。それに、法学会からは、フランス法的な民法とドイツ法的な商法では実施上こまるという至極もつともな意見もだされていた。さて、「商法及商法施行条例施行延期法案」は、衆議院では百八十九対六十七、貴族院では百四対六十二で可決され、商法も民法とともに明治二十六年一月一日から施行ということになり、この問題は、一応落着いたかにみえたが、実のところ、ただ問題が「延期」されただけのことだつた。果して、施行期日を半年のあとにひかえて明治二十五年、五月に開かれた第三回帝國議會で再燃された。しかも、その直前の第二回総選挙で松方内閣の品川弥次郎内務大臣による悪質露骨な選挙干渉（選挙蹂躪？）が行われたので、野党側は恨み骨髓に徹しているところであつたから、直ちに、これが政府攻撃の材料に供せられてしまつた。ことに、野党としては、この「民法商法施行延期法律案」を提げて政府攻撃にできれば、「民法出デテ忠孝亡ブ」というわけで一般国民から絶大な支持を得られようし、フランス法的な民法が日本の現行法となつてしまつたらイギリス法で勉強した者（イギリス法を教える者も）は損をすると思じている者たちから熱狂的後援も得られようから、絶好の材料だつたわけである。なるほど、野党側のおもわく通り、民法商法の延期法案は、両院を通過し（貴族院では百二十三対六十一、衆議院では百五十二対百七で）、民法も商法も「ソノ修正ヲ行フタメ」（といつても実は、はじめから全く、やりなおすため）、一応、明治二十九年十二月三十一日まで、その施行を延期されることになつたが、野党としてならともかく、民権党として、はたして、これでよかつたのであろうか。民権党としては、一日も早く封建制の残骸を始末し日本の社会を生れかわらすため、とくに民法のようなブルジョア民主主義社会の基礎となるような法の整備に挺身すべきであつて、いわんや、民

法のなかに封建的な家父長制的家族制度が多くとりいれられていないからという理由で無暗と反対するなどということは、全く方角をとりちがえたものと、いわねばなるまい（これというのも、もとはといえば、民権党が最早、あくまで日本の民主主義の実現をば期するという真の意味での自由民権運動の先達ではなくなつていたからであるのだから）。これでは、国民の郷愁としての家族制度もしくは家族主義へのあこがれに同調した結果、天皇政府の意図していた国民組織のためのイデオロギーとしての封建的な家父長制的家族主義ないしは家族制度の温存（復活）に奉仕してしまつたことになつたわけである。まして、家族制度そのものは、当時、すでにその経済的基盤を失ひ崩壊しつつあつたのだから（家禄制の廃絶は、封建的家族制度の経済的基礎と合理性？をうばつてしまつたから、当時未だのことつていたとすれば、封建時代の百姓や町人が武家社会を見慣つて真似していた、あの家族制度にも似たものか、あるいは、ただ、よき古きものへの郷愁としかいえない単なる家族主義へのあこがれのようなものでしかなかつたらうから）、当時こそ、もしも、その気になりさえしたならば、一挙に根絶やすこともできたであらうに。

また、家族制度そのものがそんな状態だつたから、その後、振出しにもどつて、やりなおし（明治二十六年三月、勅令第十一号により「法典調査会」が設置され、「法典調査ノ方針」も決定した）、やつとのことで明治三十一年六月二十一日、法律第九号として公布されるはこびとなつた民法第四編第五編も、さすがに、それほど鮮かに家族制度が復活されたわけでなく（却つて、そのため、大正八年「臨時教育會議」の「淳風美俗」作興で、真先に、民法改正がとりあげられたくらい）、「家」というものも、結局、単なる戸籍上の觀念としてしかのこらなかつた（だが、それでも太平洋戦争敗戦後の大規模な民法改正を必要とした程度には、のこつたし、さらに何よりも、このような法典争議

による民法修正ということは、その後の日本の社会のあらゆる方面に深々と根をおろし広く影響をあたえた家族主義イデオロギーというものを、のこす重大な契機となった)。つまり、もともと、その施行を延期させられたうえ葬りさられたボアッソナード民法にも、「戸主トハ一家ノ長ヲ謂ヒ家族トハ戸主ノ配偶者及ヒ其家ニ在ル親族、姻族ヲ謂フ」(人事編第二百四十三條第二項)、「戸主及ヒ家族ハ其家ノ氏ヲ称ス」(同項第二項)とか、「家督相続ヲ為ス可キ男子アル者ハ養子ヲ為スコトヲ得ス」(第七條)、「戸主ニ非サル者ハ養子ヲ為スコトヲ得ス」(第二百九條本文)とかいつた規定はあつたのだから、いわば、五十歩百歩であつたのだが、むしろ法典争議の意味するところに重大な意義があつたのである。それなら、この二つの民法は大同小異であつたかというともいえない。パンデクテンジステムの採用などの形式の点ばかりでなく、却つて、財産法の分野(民法第一編第二編第三編は明治二十九年四月二十七日、法律第八十九号として公布された)に見落せない変更がほどこされている。例えば、ボアッソナード民法の永借権(財産編第二條、第二百五十五條)の規定「永借人ハ意外ノ事又ハ不可抗力ニ因リテ三ヶ年間引続キ全ク不動産ノ収益ヲ得ル能ハス又ハ其一分ノ毀損ニ因リテ将来ノ収益カ借賃ノ年額ヲ超ユ可キ見込ナキトキハ永貸借ノ解除ヲ請求スルコトヲ得」(第二百六條)と、現行民法第二百七十五條「永小作人カ不可抗力ニ因リ引続キ三年以上全ク収益ヲ得ス又ハ五年以上小作料ヨリ少キ収益ヲ得タルトキハ其權利ヲ抛棄スルコトヲ得」とを比較すれば、ぐつと地主に有利に改められていることがわかるであらう(さらに、現行民法第二百七十四條「永小作人ハ不可抗力ニ因リ収益ニ付キ損失ヲ受ケタルトキト雖モ小作料ノ免除又ハ減額ヲ請求スルコトヲ得ス」も考え併せれば)。そればかりでなく、「今日ノ時勢上土地制度ト致シテ所有權ノ傍ニ是ト類似シタル永久ノ權ヲ認ムルコトハ公益上到底出来ナイ」(いわゆる「一地兩主」を認めない)というわけで、永世小作とか永代小作とかいわれ

て、すでに慣習上認められてきた権利（もとより封建制時代の故に、完全なる意味での市民法上の「権利」とはいえないが）も、すべて、「民法施行法」（明治三十一年六月二十一日法律第十一号）により、「民法其他ノ法律ニ定ムル」効力に縮小され、「民法施行ノ日ヨリ起算シテ五十年」限りに短縮されてしまった（同法第三十五条・第三十六条・第四十七条第一項・同第二項）。もつとも、明治三十三年法律第七十一号により右第四十七条に第三項が追加され、五十年の期限後、一年以内に「相当ノ償金」を払つてこの永代小作権を消滅せしめる権利を、先ず、地主に認め、地主がこの権利を抛棄するか、または、一年内に行使しないときには、「爾後一年内ニ永小作人ニ於テ相当ノ代価ヲ払ヒテ所有権ヲ買取ルコトヲ要ス」とされたが、これが果してどれだけ小作人の救済になったかどうかは疑問である。

四

それに、昔ながらの高率物納小作制については法律に何の定めもない。せめて、きちんとした小作条例でもあればという声も、あちこちに起つているが、一向に、できそうな気配もない。これでは一体、法律というものは何のためにあるのか疑いたくなつたろう。法律は、何処で、誰れが、誰れのために、つくられるものなのだろうか。たしかに議會で法律はつくられる。ところが考えてみると、見渡したところ、選挙権のあるものは殆ど地主様だけだ。これでは、どうにもならないわけだと、制限選挙制撤廃すなわち普選運動が起つた（すでに明治二十五年、大井憲太郎を中心として結成された「東洋自由党」内にも、「小作条例調査会」とともに「普通選挙期成同盟会」ができていた）。ところが明治二十七年・八年の日清戦争により、これらのうごきは一時消えたかにみえたが、戦争の終結とともに却つて

さかんとつた。すなわち、戦争だけは、誰れのためでもなく、天皇陛下のため大日本帝国のためと思つて誰れもが犠牲をはらつたのだが、すんでみると何かもたらされたか。戦争直後の「三国干渉」の影響と相俟つて起つたのは、氣違ひみた企業熱の流行とウケにいつた人々だけの好景氣だけだつた。この熱病的な企業の勃興は急速に資本家階級というものをつくりあげるとともに、岩崎や三井が戦争に手柄があつたというので華族になつたりしたこと、彼等自身をも(彼等の仲間をも)その階級的自覺に達せしめた(と同時に、国政に介入する当然の資格のあることと、その必要のあることとを、さとらせた)。また、それとともに、当然のことながら、労働者階級というものをつくりあげ、徐々にはあるが(「職工義友会」の熱心な啓蒙などあつて)次第に、その階級的意識にめざめさせ、ここに、戦争で損だけさせられる小作農などの運動の再開と並行して(提携とまでは、なかなかいかなかつたが)、労働運動がはじめられるにいたつた。

そこで、また例によつて、はじめに、できたものは弾圧法で、明治三十三年三月十日、法律第三十六号を以つて「治安警察法」が公布された。もつとも、その結社・集会・多衆運動(デモ)等に関する諸規定などは、前に述べた「集会条例」以来の伝統(?)をうけつただけで、たいした変りばえもしないが、どうしても看過できないのは、次のような規定が、ここに、はじめて登場してきたことである。

第十七条 左ノ各号ノ目的ヲ以テ他人ニ対シテ暴行、脅迫シ若ハ公然誹毀シ又ハ第二号ノ目的ヲ以テ他人ヲ誘惑若ハ煽動スルコトヲ得ス

一 労務ノ条件又ハ報酬ニ関シ協同ノ行動ヲ為スヘキ團結ニ加入セシメ又ハ其ノ加入ヲ妨クルコト

二 同盟解雇若ハ同盟罷業ヲ遂行スルカ為使用者ヲシテ勞務者ヲ解雇セシメ若ハ勞務ニ従事スルノ申込ヲ拒絶セシメ又ハ勞務者ヲシテ勞務ヲ停廃セシメ若ハ勞務者トシテ雇傭スルノ申込ヲ拒絶セシムルコト

三 勞務ノ条件又ハ報酬ニ関シ相手方ノ承諾ヲ強ユルコト

耕作ノ目的ニ出ツル土地貸賃借ノ条件ニ関シ承諾ヲ強ユルカ為相手方ニ対シ暴行、脅迫シ若ハ公然誹毀スルコトヲ得ス

第三十条 第十七条ニ違背シタル者ハ一月以上六月以下ノ重禁錮ニ処シ三円以上三十円以下ノ罰金ヲ附加ス使用者ノ同盟解雇又ハ勞務者ノ同盟罷業ニ加盟セサル者ニ対シテ暴行、脅迫シ若ハ公然誹毀スル者亦同シ

これで、資本家の「儲け」や地主の「上がり」に、すこしでも妨げになるようなことをする者は、人を殺したり人のものを盗んだりする者と同じように、処罰されることになったわけである。つまり、国家が自ら資本家の儲け分や地主の上がり高を、刑罰権を以つて、直接^(註)まもることを決意し宣言したわけで、はからずも、国家というのが、法というものが、誰れのためのものかを暴露されてしまつた次第である。

(註) 刑法の次の諸規定なども、この目的のために濫用され得るし、また、事実、しばしば濫用されていた。

第三十六条 兇徒多衆ヲ嘯聚シテ暴動ヲ謀リ官吏ノ説諭ヲ受クルト雖モ仍ホ解散セサル者首魁及ヒ教唆者ハ三月以上三年以下ノ重禁錮ニ処ス附和隨行シタル者ハ二円以上五円以下ノ罰金ニ処ス

第三十七条 兇徒多衆ヲ嘯聚シテ官庁ニ喧鬧シ官吏ニ強逼シ又ハ村市ヲ騷擾シ其他暴動ヲ為シタル者首魁及ヒ教唆者ハ重懲役ニ処ス其嘯聚ニ応シ煽動シテ勢ヲ助ケタル者ハ輕懲役ニ処シ其情輕キ者ハ一等ヲ減ス附和隨行シタル者ハ二円以上二十円以下ノ罰金ニ処ス

第三十九条 官吏其職務ヲ以テ法律規則ヲ執行シ又ハ行政司法官署ノ命令ヲ執行スルニ當リ暴行脅迫ヲ以テ其官吏ニ抗拒シ

タル者ハ四月以上四年以下ノ重禁錮ニ処シ五円以上五十円以下ノ罰金ヲ附加ス

暴行脅迫ヲ以テ其官吏ノ為ス可カラサル事件ヲ行ハシメタル者亦同シ

第四百四十一条 官吏ノ職務ニ対シ其目前ニ於テ形容若クハ言語ヲ以テ侮辱シタル者ハ一年以上一年以下ノ重禁錮ニ処シ五円以上五十円以下ノ罰金ヲ附加ス

其目前ニ非スト雖モ刊行ノ文書図画又ハ公然ノ演説ヲ以テ侮辱シタル者亦同シ

第二百七十条 農工ノ雇人其雇賃ヲ増サシメ又ハ農工業ノ景況ヲ変セシムル為メ雇主及ヒ他ノ雇人ニ対シ偽計威力ヲ以テ妨害ヲ為シタル者ハ一月以上六月以下ノ重禁錮ニ処シ三円以上三十円以下ノ罰金ヲ附加ス

第二百七十一条 雇主其雇賃ヲ減シ又ハ農工業ノ景況ヲ変スル為メ雇人及ヒ他ノ雇主ニ対シ偽計威力ヲ以テ妨害ヲ為シタル者ハ亦前条ニ同シ

行政執行法（明治三十三年六月二日法律第八十四号）

第一条 当該行政官庁ハ泥酔者、瘋癲者自殺ヲ企ツル者其ノ他救護ヲ要スト認ムル者ニ対シ必要ナル検束ヲ加ヘ戒器、兇器其ノ他危険ノ虞アル物件ノ仮領置ヲ為スコトヲ得暴行、闘争其ノ他公安ヲ害スルノ虞アル者ニ対シ之ヲ予防スル為必要ナルトキ亦同シ（以下略）

もつとも、最後に掲げたものは、刑罰規定ではなくて、警察権による「警察検束」に関する規定だが、それだけに余計、濫用のおそれもあった。

かくて、日本もようやく、ここに、維新以来の念願叶つて、一人前（といつても、国内資源は乏しく封建的桎梏のもとにあえぐ多数の貧しい農民をかかえた後進国として）の資本主義国となつて、東洋において世界の先進列強と覇

を競うようになれたわけである。と同時に、それ故に、日本は戦争また戦争というコースを辿らざるを得なかつた。果して、幸徳秋水「廿世紀之怪物帝國主義」(明治三十四年刊)や、西川光二郎「土地国有論」(明治三十四年刊)が警告していたとおり、明治三十七・八年の日露戦争はおこつた。そしてその戦勝の結果、今度は、軍の国政その他全般に加えられる圧力が急に大きくなつた。もともと、軍は、明治憲法上、天皇により「統帥」され(第十條)、その「編制及常備兵額」も天皇により定められ(第十條)、まさに、「唯一ニ天皇陛下帷幄ノ大令ニ存シ、全ク他ノ國務ト相關涉セサルモノ」(憲法發布に當り閣議の訓示より)であつたが、明治三十三年、山県内閣による陸・海軍省の官制の改正で、陸・海軍大臣は必ず現役の大・中将に限るとされてから、軍部というものは、己れからは思うまま国政に介入でき、必要とあらば、陸・海軍大臣を出さないとおどして横車をおすこともできるが、己れのことには、右の「統帥権の独立」を楯に、何人の容喙も許さぬという、まことに手前勝手な厄介な存在となつた。それが、今度のような戦勝とあつては、いよいよ以つて意氣軒昂、ますます以つて高姿勢となつてくるのも、やむをえまい。明治三十九年三月三十日、法律第十二号「鐵道国有法」が制定されるにいたつたのも、実に、軍(とくに陸軍)の推進によるもので、国防上、全国幹線の国家的統括・把握が必要で、ことに「一朝事ある時」にストライキでもあつては(事実、明治三十一年二月に、「日本鐵道」のストライキで上野青森間の列車が二日間もとまつたことがあつた)、一大事というわけであつた。

と同時に、資本主義の發展もめざましく、明治三十八年には、「担保附社債信託法」(法律第五十二號)をはじめ、「鐵道抵当法」(法律第五十三號)・「工場抵当法」(法律第五十四號)・「鉱業抵当法」(法律第五十五號)などの財団抵当制度(抵当権者つまり投資者が、現に運轉しつつある企業の全交換価値を、まるまる擱んで投資の安全を確保するとともに、利子の名目で実は企業利潤の分

配にもあずかるうという制度)まで生れ融資(外資の導入も含めて)の円滑をきするとともに、企業集中化にそなえて会社の合併・組織変更・株主総会・社債・増資等に関する商法(明治三十二年三月九日法律第四十八号として公布、同年六月十六日より施行された)の規定も改正されている(明治四十四年五月二、(日法律第七十三号))。

しかもその反面、「治安警察法」第八条第二項「結社ニシテ前項ニ該当スルトキハ(前項とは、「安寧秩序ヲ保持スル為必要ナル場合ニ於テハ」(註筆者))内務大臣ハ之ヲ禁止スルコトヲ得」により、「社会民主党」は明治三十四年五月、その結成と同時に解散を命ぜられ、明治三十九年二月に結成された「日本社会党」も、その党則第一条の「本党は国法の範圍内に於て社会主義を主張す」とあつたのを、「本党は社会主義の実行を目的とす」と改められたというので(翌四十年二月の第二回大会で、幸徳秋水等の直接行動派と片山潜等の議會政策派とが抗争した結果、両派の妥協により一応まとまつた案として)、また同様、解散を命ぜられるという有様だつた。そして、このことは、あらゆる抵抗運動(小作条例・普選運動まで含めた)の合法的な場を奪いさつたことになり、その結果は、幸徳一派を却つてラジカルの方角へとおいやり、元來、ゼネストのような大衆動員による権力奪回(議會における闘争を軽くみる)の理論であつたその「直接行動論」も、いつのまにか少数精鋭による暴力的な権力の一举奪回のみ意味するものとなりちがえられ(彼等の仲間のうちですら)、ここにはからずも、権力の本源すなわち天皇制と、いきなりじかに対決(資本主義と対決するまゝに天皇制との対決)するハメにおいこまれてしまつた。そこで、あだかもこれをまちかまえていた、天皇政府の思う壺にはまつて(かねがね幸徳一派の殲滅の機会と手段をねらつていた天皇政府のしかけた「畏」にかかつて、一網打尽にされ殲滅されてしまつたのが、明治四十三年の「大逆事件」であつた。(註)

(註) ただし、この時には、前に述べた「刑法」は、明治四十年四月二十四日法律第四十五号「刑法」に改められ、すでに翌四十一年十月一日より施行されていた。その第七十三条に、「天皇、太皇太后、皇太后、皇后、皇太子又ハ皇太孫ニ対シ危害ヲ加ヘ又ハ加ヘントシタル者ハ死刑ニ処ス」という規定(昭和二十二年法律第二百二十四号により削除された)があった。ここに「危害」とは、生命、身体、自由に対する実害または具体的危険をいい、「危害ヲ加ヘントシタル」とは、危害を加うべきいっさいの企て、すなわち、実害または具体的危険の発生前におけるいっさいの行為(予備・陰謀・教唆・幫助等)を含み、従って、教唆犯や従犯に関する刑法の規定の適用もうけないとされている。また、明治二十三年二月十日法律第六号「裁判所構成法」第五十条により、刑法第七十三条に該当する事件の裁判(及び予審)は、「大審院」のみが「第一審ニシテ終審」の裁判所とされていた。

かくて、今や天皇制は全くタブーとされ、「至尊ノ聖慮ヲ奉シ、臣民翼賛ノ道ヲ広ム」るためと称していた中村太八郎等の「普通選挙期成同盟会」すら、明治四十四年五月には、「政府の敕命に依り」解散を決議するにいたつたほか、同年の文部省主催の中等教員夏期講習会における天皇機関説を主張する憲法学者美濃部達吉の講演(内容は、後に、「憲法講話」として刊行された)がキッカケとなつて物議をかもすという状態だつた。さらには、同じくこの夏、岐阜県教育会における京都帝国大学法科大学の民法学者岡村司の家族制度に関する講演まで問題となつた。何故に、一見、天皇制とは関係のうすそうな家族制度論までが、物議をかもすことになつたかという点、実は直ちに「四海ノ内皆朕カ赤子ナリ率土ノ浜亦朕カ一家ナリ」ということにつながるからである。つまり家族制度こそ、あらゆる国民の組織・編制を天皇制に結びつけ、これを絶対安固なるものにする機能をはたすものでつたのである。だから、工場

にも、封建的親子関係になぞらえた「工場一家」があるというわけだった。そんな次第だったから、はじめて「工場法」の制定されたのも明治四十四年三月二十九日のことで（法律第四十六号として公布されたが）、しかも、その内容は労働立法として甚だ程度の低い（当時の世界的水準から見ても）ものだったし（その適用範囲も「常時十五人以上ノ職工ヲ使用スルモノ」に限られていた）、また、その実施もののびのびにされていた（大正五年九月一日より実施）。

こうして国民の無力化・無権利化・無抵抗化・従順化・卑屈化に、みごと成功した天皇政府は、すかさず、軍のいわるるままに、国民の組織・編制づくりに邁進し、就中、これが中核体ともなるべき「帝国在郷軍人会」をつくつてゐる。すなわち、「帝国在郷軍人会」は、元老山県有朋を「会老」に、寺内正毅陸軍大臣の奔走で明治四十三年十一月三日に結成されたものであるが、このプランは、日露戦争直後から「良兵ノ給源確保」のため育成されていた「地方青年団体」と組合わせて、「偉大なる此の二個の団体が真面目に堅く結束すれば如何なる困難に面するも十分国家を支え得る」とする（後年、軍閥の巨頭となつた）田中義一の壮大なる構想に基づくものといわれている。そして、このことを探知した「日刊平民新聞」は、明治四十三年三月二十四日の第五十七号で、「飛報あり、天涯より来る。曰く、陸軍省にては各在郷の予備後備を以て護郷団を組織せしめ、根本より社会主義者の運動を破壊する筈なり」といつているが、果して、民主主義者の運動までも、「根本より」破壊されてしまった。

「退テ古史ヲ繙キ故事ノ民権ニ関スル
モノヲ繙ネルニ及ンテ余ハ茫然トシテ
自カラ失スルアルカ如ク為メニ筆ヲ投

シテ大長息スル久シ矣」

小野梓「国憲汎論」上卷

明治法制史のあらまし

二五（三〇九）